



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH**

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## A advocacia pública como intérprete constitucional

### *The state attorneys as constitutional interpreters*

TÊMIS LIMBERGER <sup>1,\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)

temisl@unisinis.br

<https://orcid.org/0000-0003-0670-583X>

VINÍCIUS DOS SANTOS RODRIGUES <sup>1,\*\*</sup>

<sup>1</sup> Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)

vsr.direito@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6342-5669>

**Recebido/Received:** 17.01.2022 / January 17<sup>th</sup>, 2022

**Aprovado/Approved:** 26.04.2022 / April 26<sup>th</sup>, 2022

#### Resumo

O presente estudo busca investigar as potencialidades da Advocacia Pública como intérprete constitucional e como sujeito ativo na concretização de direitos fundamentais. Partindo do advento das Constituições como eixo de validade do ordenamento jurídico e da crescente judicialização a que esse novo paradigma conduziu, aborda algumas das críticas a esse fenômeno, tais como a baixa eficiência do sistema em relação aos investimentos adotados e o possível déficit democrático dessas intervenções. Diante desse panorama, o trabalho se propõe a revisitar o tema da Jurisdição Constitucional e a necessidade de sua abertura, resgatando, após essas considerações, a Advocacia Pública como intérprete constitucional, por meio de uma breve incursão histórica no mundo

#### Abstract

*The study aims to investigate the potential of state attorneys as constitutional interpreters and as active actors in fundamental rights. From Constitution as center of law and the growing judicialization, this article debates some critics, such as low efficiency compared to investments in courts, and the possible democratic deficit in judicial decisions. The work proposes to revisit Constitutional Jurisdiction and the need for its opening, rescuing state attorneys as constitutional interpreters, by a historical incursion and them inclusion as "Essential Function for Justice" in 1988's Federal Constitution of Brazil. Revealing the relationship with the Government and their mission of defending state and society, presents the figure of state attorneys as possible constitutional interpreters in fundamental rights, through the*

Como citar esse artigo/How to cite this article: LIMBERGER, Têmis; RODRIGUES, Vinicius dos Santos. A advocacia pública como intérprete constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 173-200, jan./abr. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i1.84332.

\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinis (São Leopoldo-RS, Brasil). Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra (Barcelona). Estudos pós-doutorais na Universidade de Sevilla. Mestre e graduada pela UFRGS. Advogada. Procuradora de Justiça (MP/RS) aposentada. E-mail: temisl@unisinis.br.

\*\* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinis (São Leopoldo-RS, Brasil). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS). E-mail: vsr.direito@gmail.com.

e no Brasil e ressignificando a sua inclusão como Função Essencial à Justiça na Constituição Federal de 1988. Desvelando a sua relação com o Poder Executivo e sua missão de defesa do Estado e da sociedade, apresenta, por fim, a figura dos advogados públicos como possíveis intérpretes constitucionais e materializadores dos direitos fundamentais, por meio do exercício hermeneuticamente fundamentado e estruturalmente autônomo do poder que lhes foi constitucionalmente atribuído.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; advocacia pública; intérprete constitucional; concretização de direitos fundamentais; sociedade aberta.

*hermeneutically grounded and structurally autonomous exercise of the power that was constitutionally attributed.*

**Keywords:** constitutional jurisdiction; state attorneys; constitutional interpretation; fundamental rights; open society.

## SUMÁRIO

**1.** Introdução; **2.** Constitucionalismo e a crise da justiça; **2.1.** Do advento das Constituições (e do Poder Judiciário) à excessiva judicialização; **2.2.** Da Jurisdição Constitucional clássica à necessidade de abertura democrática; **2.3.** A Sociedade Aberta como caminho para uma Jurisdição Constitucional democrática; **3.** As funções essenciais à justiça sob a perspectiva do constitucionalismo contemporâneo; **3.1.** Ascensão e Dinamização; **3.2.** Fundamento de Validade das Funções Essenciais à Justiça; **3.3.** Uma Releitura da Advocacia Pública na Constituição; **4.** A advocacia pública no constitucionalismo contemporâneo; **4.1.** Autonomia, hierarquização e patrimonialismo; **4.2.** A Advocacia Pública como intérprete constitucional; **4.3.** Escolhas Constitucionais; **5.** Considerações finais; **6.** Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o Segundo Pós-Guerra, com o advento da Constituição como centro de validade do ordenamento jurídico, verificou-se o crescente protagonismo do Poder Judiciário no mundo ocidental, quadro que ainda se mantém nos dias de hoje. Por consequência, o conteúdo de decisões judiciais que buscam tutelar direitos fundamentais, sobretudo intervindo em políticas públicas estabelecidas por outros poderes como o Executivo e o Legislativo, passou a ser questionado com igual intensidade, indagando-se eventuais déficits democráticos em seu modo de produção e a real eficácia dessas intervenções. No Brasil, por exemplo, o número de ações em face do Poder Público tem representado a maior parte dos processos judiciais em trâmite.<sup>1</sup> Contudo, apesar da crescente judicialização desde a Constituição Federal de 1988, não se pôde identificar igual resultado na superação dos problemas políticos, econômicos e sociais que essa atuação se propunha a atender, a exemplo da desigualdade no acesso a direitos fundamentais.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia**

A partir desse contexto, o presente estudo busca apresentar alternativas para a concretização de direitos fundamentais sob o viés do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Contemporâneo, notadamente por meio da abertura da Jurisdição Constitucional proposta por Peter Häberle e do fomento a uma teoria da decisão. Como ponto de encontro, propõe-se, também, a revisitar o fundamento de validade da Advocacia Pública na Constituição Federal de 1988, investigando seu papel no ambiente constitucional brasileiro e seu lugar como intérprete constitucional.

O método empregado é o hipotético-dedutivo, valendo-se do procedimento histórico comparado e de pesquisa doutrinária.

## 2. CONSTITUCIONALISMO E A CRISE DA JUSTIÇA

### 2.1. Do advento das Constituições (e do Poder Judiciário) à excessiva judicialização

Inicialmente, mostra-se necessário retomar alguns aspectos acerca do Direito contemporâneo e do papel das Constituições e dos tribunais. Nesse sentido, não se pode esquecer a mudança de paradigma ocorrida após a Segunda Guerra Mundial. Na maior parte dos países da Europa continental, ocorreu um deslocamento do eixo de validade do ordenamento jurídico, até então centrado nos Códigos Civis, para as Constituições,<sup>3</sup> e, por consequência, a uma valorização da atividade de interpretação e de proteção destes importantes documentos. Ampliou-se, nesse contexto, o papel da Jurisdição Constitucional e do Poder Judiciário.<sup>4</sup>

Diante da previsão de diversos direitos nas Constituições, inúmeros países, a exemplo do Brasil, começaram a visualizar uma gradual aposta no Poder Judiciário para a resolução de suas carências. A ausência de materialização de direitos constitucionalmente previstos e a precariedade de políticas públicas fizeram com que o Judiciário passasse a ser visto como o novo caminho para sanar esses déficits.<sup>5</sup> Nesse contexto, as sociedades começaram a presenciar uma intensificação de ações judiciais analisando questões que até então somente eram debatidas nas tradicionais arenas democráticas

---

**constitucional e políticas públicas:** discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

<sup>3</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Direito:** Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas:** discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas:** discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>6</sup> Por outro lado, diante da crescente diversificação e complexidade das relações sociais e do incremento dos riscos das atividades industriais e econômicas,<sup>7</sup> a intervenção judicial também caracterizou uma tentativa de controle desses aspectos de contingência no Estado Pós-Moderno.<sup>8</sup>

Nesse panorama, percebe-se que essa grande corrida ao Poder Judiciário não levou, com a mesma intensidade, à resolução dos problemas sociais como a desigualdade no acesso a direitos. Isso porque, em paralelo aos novos fluxos sociais e teóricos no âmbito jurídico, sobretudo oriundos de países do Velho Continente, o Direito encontrou seus maiores obstáculos em solo brasileiro: o patrimonialismo e o paternalismo, fenômenos com raízes históricas profundas, implicando igualmente Estado e Administração Pública.<sup>9</sup> Sobre o tema, cabe referir que o patrimonialismo pode ser compreendido como uma forma de poder que despreza os limites entre a coisa pública e a esfera privada, fazendo uso dos recursos públicos em prol de interesses pessoais.<sup>10</sup> O paternalismo, por sua vez, apresenta-se como uma extensão do personalismo, manifestando-se por meio da concessão ou conversão de direitos em benesses, de acordo com critérios fundados em relações de afeto e cuidado, a exemplo das grandes famílias ruralistas patriarcais que comandaram o Brasil ao longo de sua história.<sup>11</sup>

Conforme refere Ricardo Perlingeiro,<sup>12</sup> o excesso de demandas judiciais na América Latina é extraordinário e poderia deixar um visitante perplexo. No Brasil, de acordo com as pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, é justamente o Poder Público o principal usuário do sistema judicial, estimando-se que faça parte de mais da metade dos processos existentes. As principais ações envolvem políticas públicas em saúde e educação, nas quais o Estado é réu, bem como execuções fiscais, em que figura como autor, buscando recuperar créditos públicos inadimplidos.<sup>13</sup>

Por um lado, se essa intensificação de conflitos nos tribunais tem sido associada a uma falta de identidade do modelo de justiça administrativa do país, por outro

<sup>6</sup> MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 135-164, jan./abr. 2019.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 382-400, out. 2019.

<sup>8</sup> CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 5-22.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

<sup>10</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 865-887.

<sup>11</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 139-151.

<sup>12</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

<sup>13</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

prevalece a sensação de que a Administração Pública não estaria habilitada a gerir conflitos por conta própria, conduzindo a soluções constitucionalmente justas.<sup>14</sup> Além disso, apesar dos discursos de crise fiscal do Estado, constata-se que têm ocorrido investimentos no âmbito do Poder Judiciário, com o aumento da quantidade de juízes e de estrutura judiciária.<sup>15</sup> Não obstante, os resultados desses investimentos não têm levado, tanto sob um aspecto quantitativo quanto sob um aspecto qualitativo, à ampliação de direitos sociais ou à melhor prestação de justiça.

Diante desse quadro, mostra-se necessário rediscutir alternativas que apresentem uma solução constitucionalmente justa, célere e inclusiva para os conflitos sociais, assegurando a efetiva concretização dos direitos fundamentais de forma emancipada das raízes históricas do patrimonialismo.<sup>16</sup> Em virtude dessas considerações, o tema da Jurisdição Constitucional deve ser revisitado, a fim de que possa ser utilizado como um mecanismo de acesso à justiça e de fortalecimento da autonomia do Direito, e não como uma mera reprodução dos mecanismos instituídos pelos “donos do poder”.<sup>17</sup>

## 2.2. Da Jurisdição Constitucional clássica à necessidade de abertura democrática

Historicamente, a ideia de Direito encontra-se imbricada com o exercício da jurisdição (*dicere ius*). Com a invenção da imprensa no Século XV, aliada à formação dos Estados-nação e ao surgimento das sociedades industriais, consolidou-se o entendimento de que a produção do Direito era um domínio exclusivo do poder estatal. As grandes codificações, impressas em formato de livro por meio da nova tecnologia, transmitiam a compreensão de que o ordenamento jurídico fora desenvolvido de modo hermeticamente fechado e completo.<sup>18</sup> O Direito e o poder de dizê-lo, assim, cabiam exclusivamente ao Estado, por meio de seus agentes e órgãos legitimados.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

<sup>15</sup> CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

<sup>16</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 55, p. 303-326, dez. 2007.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64.

<sup>18</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

<sup>19</sup> MACEDO, Elaine Harzheim e BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, Ano VI, n. 12, jul./dez. 2014.

A Jurisdição Constitucional, por seu turno, nasceu em paralelo à crescente importância das Constituições e do seu centramento na ordem jurídica. Na Europa continental, foi introduzida pelo juspositivista Hans Kelsen com o Tribunal Constitucional,<sup>20</sup> órgão independente e afastado dos poderes políticos, a quem cabia exercer o controle de eventuais incompatibilidades de atos e normas em relação à Constituição. Nos Estados Unidos e, após, no Brasil, o controle de constitucionalidade teve como mote inicial a preservação do federalismo,<sup>21</sup> preponderando uma função de delimitação de competências dos entes da Federação.<sup>22</sup>

Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen descreve o que seria a essência da interpretação do Direito. Segundo o autor, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas: de um lado, a interpretação pelo órgão (estatal) que o aplica; de outro, a interpretação que não é realizada por algum órgão ou agente oficial, mas por outra pessoa e, inclusive, pela própria ciência jurídica.<sup>23</sup> À primeira, o autor confere o nome de interpretação “autêntica”. À segunda, interpretação “não autêntica”. Nesse sentido, o exemplo utilizado ao tratar do tema é ilustrativo para os fins deste trabalho. Segundo Kelsen, quando um indivíduo se depara com uma norma sancionadora cujo texto é vago, ele tem de escolher como deverá ser portar diante da prescrição de conduta, para fins de considerar cumprida (ou atendida) a norma. Contudo, essa escolha entre as possibilidades da norma não seria considerada autêntica, visto que poderá ser considerada “errônea” pelo órgão jurídico (interpretação autêntica), inclusive vindo a considerar a conduta julgada como um delito.<sup>24</sup>

Kelsen declara, ainda, que a sentença judicial, apesar de configurar interpretação autêntica, é um verdadeiro “ato de vontade”, visto que o magistrado gozará de discricionariedade para elencar o sentido que melhor lhe aprouver para a norma, resolvendo o caso concreto. E essa escolha, diferentemente daquela realizada pelo intérprete não autêntico, será válida pois formalmente amparada pelo ordenamento jurídico.<sup>25</sup> Não há, portanto, um critério conteudístico (ou substantivo) de validade para a decisão judicial.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

<sup>22</sup> GASPARD, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, Florianópolis, n. 78, p. 149-174, 2018.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 388.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 395.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 392.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 75-84.

Nessa linha, não podem ser descartadas as contribuições das teorias que promoveram a criação e a evolução do controle de constitucionalidade e da Jurisdição Constitucional, até porque incomensuráveis e necessárias ao desenvolvimento da ciência.<sup>27</sup> Entretanto, a “revolução copernicana” advinda do Segundo Pós-Guerra necessita ser constantemente contextualizada, diante dos desafios encontrados pelo Constitucionalismo Contemporâneo no Estado Pós-Moderno, pelas novas matrizes filosófico-jurídicas<sup>28</sup> e, ainda, pelos desafios histórico-sociais identificados na sociedade da qual emerge e com a qual interage.<sup>29</sup>

Conforme refere Vesting,<sup>30</sup> o Direito não pode continuar sendo compreendido como um mero desdobramento de níveis, fazendo-se necessário um deslocamento do seu símbolo de validade<sup>31</sup> para além das figuras tradicionais da tripartição de poderes. Segundo Paulo Bonavides, a época constitucional da separação dos poderes encontra-se superada pela nova época dos direitos fundamentais. Por essa razão, o autor refere que a democracia participativa exige a proposta de um novo modelo de Jurisdição Constitucional: quanto mais perto do povo estiver o intérprete constitucional, mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade; por outro lado, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, menos democrática, aberta, independente e ligada à cidadania ela será.<sup>32</sup>

Desse modo, pode-se concluir que o juspositivismo atualmente encontra grandes limitações no enfrentamento das questões narradas, porquanto fruto da Era Moderna, em que imperavam o racionalismo científico e a filosofia da consciência.<sup>33</sup> Assim, além de cindir o Direito da Moral, negando o elo incindível entre estes conceitos interpretativos,<sup>34</sup> o positivismo igualmente propunha a divisão do Direito em ato de conhecimento — aí residindo a sua ciência, como “teoria pura”, lógica e racional — e em ato de interpretação (aplicação), materializado na decisão judicial (discricionária). Por fim,

<sup>27</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2018. p. 89.

<sup>28</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 5, n. 2, 2013.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

<sup>30</sup> VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

<sup>31</sup> VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 6, n. 1, 2014.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

<sup>33</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 5, n. 2, 2013.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

o juspositivismo, por defender que a decisão judicial seria discricionária, deixou de se ocupar de uma teoria da decisão, fragilizando o modelo democrático constitucional.<sup>35</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma democrático, no qual é reconhecido o pluralismo político como fonte de legitimação política, além de valorizada a participação da sociedade civil no Estado, inclusive com a criação de espaços participativos no qual se definiria o sentido substantivo de determinados direitos fundamentais garantidos pela autoridade pública. Indaga-se, então, de que forma este novo paradigma pode influenciar o debate a respeito da tensão entre Jurisdição Constitucional e os poderes políticos tradicionais na busca pela materialização dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

### 2.3. A Sociedade Aberta como caminho para uma Jurisdição Constitucional democrática

Nessa linha de pensamento, a fim de superar os paradigmas que até então sustentavam a Jurisdição Constitucional, mostra-se oportuna a análise da obra “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.<sup>37</sup> Em seu trabalho, o autor propõe que a interpretação constitucional deve ser conduzida sob a influência da teoria democrática, inserindo neste processo todos aqueles sujeitos que vivem e constroem a realidade constitucional.

Segundo Häberle, a interpretação constitucional, tradicionalmente, esteve muito vinculada a um modelo de “sociedade fechada”, limitando-se aos participantes formais do processo constitucional. Sob esse viés, o autor não desconsidera as contribuições de Hans Kelsen sobre o tema da interpretação e da Jurisdição Constitucional. Na verdade, Häberle vai além, abarcando aqueles intérpretes mencionados por Kelsen,<sup>38</sup> mas propondo, também, a superação da distinção entre intérpretes autênticos e não autênticos. Para o autor, a interpretação dos juízes não é e nem deve ser a única. Pelo contrário, entende que constituem forças produtivas de interpretação, além dos juízes, os cidadãos e grupos de interesse, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública, entre outros. Nesse contexto, Häberle entende que não é possível estabelecer um limite, ou um número fixo de intérpretes da Constituição. Pelo contrário, quanto mais

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 263-328.

<sup>36</sup> GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, Florianópolis, n. 78, p. 149-174, 2018.

<sup>37</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 388.

aberta e pluralista for a sociedade, mais abertos deverão ser os critérios e os legitimados a interpretar a Constituição.<sup>39</sup>

Assim, na busca do que denomina democratização da interpretação constitucional, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica adequada à “sociedade aberta” e pluralista. Segundo o autor, considerando o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, todo aquele que vive a Constituição deve ser considerado seu legítimo intérprete. Na mesma linha, considera que a unidade da Constituição surge justamente da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Isto é, uma Constituição não pode tratar as forças sociais como meros objetos, mas deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. Ou seja, em um Estado constitucional-democrático, não se pode pensar em uma interpretação da Constituição sem considerar os indivíduos como cidadãos ativos e sem as potências públicas mencionadas.<sup>40</sup> No mesmo sentido, Morais e Ghiggi,<sup>41</sup> assim como Rafael Ramos.<sup>42</sup>

A democracia, segundo Häberle, desenvolve-se por meio do debate sobre alternativas, possibilidades e realidades constitucionais, considerando-se o cidadão como intérprete da Constituição. Nessa linha de pensamento, pode-se concluir, a exemplo do que referido anteriormente por Paulo Bonavides,<sup>43</sup> que a democracia do cidadão deriva diretamente dos direitos fundamentais, e não mais da ideia de que o povo soberano é apenas um substituto do lugar antes pertencente ao monarca. Aliás, segundo Häberle, o próprio âmbito de proteção dos direitos fundamentais é preenchido por seus destinatários. Por esse motivo, “povo” não constitui um mero referencial quantitativo que se manifesta apenas nas eleições, mas um elemento que se faz presente — como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse ou como cidadão —, de forma a legitimar o processo constitucional.<sup>44</sup>

Para Häberle, negar esses elementos de cidadania ativa e de abertura do processo de interpretação constitucional é apagar a própria Constituição material. Não se pode admitir que a Constituição só exista quando suscitada perante um tribunal. Isso porque a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação da responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente

<sup>39</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>40</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>41</sup> MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 135-164, jan./abr. 2019.

<sup>42</sup> RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do direito administrativo e a releitura do poder de polícia administrativa à luz dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

<sup>44</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

competente, a Corte Constitucional. Para o autor, sob uma perspectiva socio-constitucional, a investigação sobre os que participam do processo de interpretação revela-se consequência do conceito republicano de interpretação aberta, o qual configura um objetivo constitucional.<sup>45</sup>

Ciente das críticas à sua teoria, Häberle traz à lume uma das principais questões elaboradas com base no princípio da unidade da Constituição: a depender do modo como será praticada, a interpretação constitucional da sociedade aberta poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de intérpretes. Como argumento, o autor afirma que a participação da opinião pública e da pluralidade de intérpretes dificilmente será organizada e disciplinada. Contudo, segundo ele, são justamente essas as condições em que reside a garantia de abertura e da espontaneidade do processo interpretativo.<sup>46</sup>

Nesse viés de abertura democrática e republicana da Jurisdição Constitucional, cabe lembrar que o Direito e suas teorias encontram alicerce em outras áreas do conhecimento humano, sobretudo na filosofia.<sup>47</sup> Desse modo, a fim de dar sustentação filosófica à tese de Häberle, deve ser reconhecida a superação do juspositivismo e da filosofia da consciência que serviram de base às teorias clássicas acerca da Jurisdição Constitucional, lançando-se mão, por outro lado, de novas matrizes que buscam explicar o Direito e a sociedade.

## 2.4. A hermenêutica fenomenológica no Constitucionalismo Contemporâneo

Com base no exposto, não se pode olvidar o giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*) ocorrido na filosofia, promovido pela matriz hermenêutico-fenomenológica, inaugurando uma forma própria de pensar e interpretar o Direito e a Constituição, denominada de Constitucionalismo Contemporâneo.<sup>48</sup> Fundada na fenomenologia de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer, bem como na filosofia da linguagem de Wittgenstein, a matriz hermenêutica revela-se condição de possibilidade para a construção de uma teoria do Direito comprometida com a democracia, com os direitos fundamentais e com a construção de uma teoria da decisão.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>46</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>47</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 127-136.

Até então utilizada exclusivamente para interpretação de textos, a hermenêutica passou, a partir do giro ontológico-linguístico, a ter como foco a faticidade, isto é, a compreensão do próprio ser-aí (*Dasein*). E o ser que se pode compreender é a linguagem, condição de possibilidade que permite aos intérpretes a compreensão do mundo, de si mesmos e, simultaneamente, a comunicação acerca dessa compreensão. Portanto, ao mesmo tempo que o intérprete se comunica por meio dessa linguagem, a sua pré-compreensão do mundo e da existência é influenciada por essa mesma linguagem.<sup>50</sup> Essa construção humana intersubjetiva é o que permite, portanto, uma forma de controle das decisões, em conformidade com os parâmetros interpretativos elencados em prol de uma “resposta correta”.<sup>51</sup>

O texto jurídico, por sua vez, só pode ser entendido a partir de sua aplicação, diante de uma coisa, um fato, um caso concreto. A Constituição, por exemplo, será o resultado da sua interpretação no ato aplicativo, produto da intersubjetividade dos intérpretes (linguagem pública). Ou seja, quando se deparam com um texto (ou uma lei), já existe um sentido que se antecipa, pois não existem conceitos sem coisas. Logo, os intérpretes se encontram atrelados e vinculados a essa ordem intersubjetiva que é a linguagem. Assim como não interpretamos em partes, também não interpretamos em abstrato.<sup>52</sup>

Nesse sentido, percebe-se que as propostas de Häberle podem encontrar assento no território hermenêutico do qual exsurge a fenomenologia. Segundo refere o autor, interpretar uma norma nada mais é do que a colocar no tempo e integrá-la à realidade pública. Essa interpretação, portanto, é realizada por quem vive a norma, formando a própria realidade constitucional. Afinal, para Häberle, todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional. Contudo, refutando as críticas de que sua tese poderia levar ao relativismo, o autor refere que é legítimo questionar se, entre várias alternativas, pode existir uma interpretação considerada correta, haja vista que o conceito de verdade é um valor cultural para o Estado Constitucional, principalmente após as experiências com o modelo totalitário.<sup>53</sup> Nesse viés, refere que o resultado da interpretação está submetido a um teste de consistência, devendo se mostrar apta a fornecer justificativas diversas e variadas, mediante discursos racionais.<sup>54</sup>

Desse modo, a tese de Häberle vai novamente ao encontro do Constitucionalismo Contemporâneo e da Crítica Hermenêutica do Direito, os quais, juntamente com os pressupostos da fenomenologia, incorporam os aportes da teoria de Ronald

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 252.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

<sup>53</sup> HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

<sup>54</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

Dworkin, defendendo existir um direito fundamental a uma resposta correta, adequada à Constituição. Para Dworkin, o Direito deve ser visto como uma atividade interpretativa, construído a partir da tentativa de se encontrar, numa controvérsia, a melhor resposta possível.<sup>55</sup> A resposta correta, assim, está centrada numa abertura do jurista para o fenômeno interpretativo, o que faz parte da condição humana. Para melhor situar a questão, e diferenciar a posição hermenêutica dos subjetivismos positivistas e neoconstitucionalistas, tem-se que, em busca da resposta correta, não poderá o intérprete dizer que decide conforme os valores que arbitrariamente escolheu, ou conforme seu livre convencimento. Pelo contrário, o intérprete estará sempre vinculado tanto à Constituição quanto à linguagem, de modo que não poderá desvirtuar o sentido das coisas.<sup>56</sup> Além disso, deverá observar a responsabilidade em desenvolver argumentos suficientes para que a posição escolhida, mesmo diante de divergências, seja aquela que pareça mais consonante com o Direito.<sup>57</sup>

Tecidas essas considerações quanto à necessidade de abertura e de ampliação da Jurisdição Constitucional, questionando-se a exclusividade por parte de um único órgão ou poder estatal e lançando bases jurídicas e filosóficas para o desenvolvimento dessa interpretação, cabe resgatar outros atores para o exercício dessa missão. Para tanto, faz-se necessário uma breve introdução história das funções do Direito e de seus profissionais no mundo e no Brasil. Para fins de recorte do presente trabalho, optou-se, entre os diversos atores possíveis, por investigar a Advocacia Pública como intérprete constitucional, analisando o significado e os efeitos reflexos de sua inclusão como Função Essencial à Justiça na Constituição Federal de 1988.

### 3. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

#### 3.1. Ascensão e Dinamização

Desde a origem das civilizações, o ser humano, inicialmente nômade, organizou-se de acordo com funções. Primeiramente, por aspectos primitivos de gênero e de força física, em caçadores e coletores (homens) e em cuidadores (mulheres). Posteriormente, em grupos maiores, de acordo com suas habilidades, em caçadores, pescadores, coletores, entre outras. Contudo, foi somente com a Revolução Agrícola que os grandes agrupamentos foram possíveis, mediante a crença em relações e conceitos intersubjetivos (religião, sociedade, linguagem, Direito), situação que possibilitou uma

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

<sup>56</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 147-168, 2009.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

pluralidade de novas funções sociais.<sup>58</sup> Nesse novo contexto, surgiu o ofício daqueles a quem, comumente ao lado de um grupo ou agente dominante (chefe, governador, imperador), era atribuída a missão de aconselhar sobre questões de estratégia política, de guerra e de finanças. Com o passar do tempo e a densificação das relações sociais, um novo campo, ligado às expectativas de conduta e à organização do poder, começa a ganhar forma autônoma: consolidavam-se, assim, o Direito e seus profissionais.<sup>59</sup>

Com a formação do Estado moderno, e após os graves excessos acusatórios ocorridos na Idade Média, passou-se a exigir uma cisão entre as funções de julgador e de acusador, delineando-se com mais clareza as figuras do juiz e do consultor/persecutor.<sup>60</sup> Assim, descolados da função judicante, a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública surgiram historicamente com o advento da separação dos poderes do Estado moderno, inicialmente atrelados ao Poder Executivo.<sup>61</sup> Como exemplo, cita-se, na França do Século XIV, os procuradores do rei. Com atribuições de natureza penal e cível, esta notadamente concentrada na defesa do fisco, os procuradores do rei buscavam defender os interesses da sociedade e do monarca, conforme preceituava a teoria liberal da tripartição dos poderes, representando simultaneamente os interesses do Estado e do Governo.<sup>62</sup>

Diferentemente de outros países, em que muitas dessas carreiras ainda se encontram ligadas ao Poder Judiciário, como um ramo especializado, e gozam de atribuições distintas,<sup>63</sup> no Brasil a evolução das “procuraturas” — nome cunhado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto — está associada à forte tradição lusitana de sistema judicial.<sup>64</sup> Embora já houvesse um princípio de separação de funções de acusação e de consultoria na metrópole portuguesa,<sup>65</sup> essas funções, na colônia brasileira, foram novamente unificadas em virtude da escassez de funcionários no território colonizado. Nisso residiria a gênese de uma atuação unificada das funções do Ministério Público e da Advocacia Pública. Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que se passou a

<sup>58</sup> HARARI, Yuval. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

<sup>59</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>60</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

<sup>61</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2003.

<sup>62</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, M. (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010. p. 65-94.

<sup>63</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, M. (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010. p. 65-94.

<sup>64</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>65</sup> SCHUBSKY, Cássio. **Advocacia Pública: apontamentos sobre a História da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008. p. 26.

adotar a cisão orgânica e funcional dessas procuradorias públicas em órgãos distintos.<sup>66</sup> Embora, em âmbito estadual, essas funções já estivessem sendo realizadas por instituições próprias, em nível federal era o Ministério Público que, além da acusação penal, promovia a representação jurídica da União, atribuição que foi cominada à Advocacia-Geral União pelo novo texto constitucional.<sup>67</sup> De igual forma, a distinção estrutural entre a Defensoria Pública e as demais procuraturas somente se aperfeiçoou com a atual Constituição Federal,<sup>68</sup> sendo comum que fosse exercida, até então, por membros do Ministério Público e das Procuradorias dos Estados.<sup>69</sup>

Desse modo, não obstante a recente separação orgânica de funções, essa incursão histórica explica dispositivos legais como o artigo 68 do Código de Processo Penal, que atribui ao Ministério Público a representação de vítima pobre na busca de indenização na esfera cível. Ou, ainda, à verdadeira confusão entre funções distintas cujos nomes, contudo, assemelham-se: Procurador da República (MPF), Procurador do Estado (PGE), Procurador de Justiça (Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual promovido para atuação junto ao Tribunal), entre outros.

### 3.2. Fundamento de Validade das Funções Essenciais à Justiça

Nessa linha de continuidade, a Constituição Federal de 1988 promoveu as três instituições, juntamente com a advocacia privada, a “Funções Essenciais à Justiça”, incluindo previsão normativa em capítulo próprio. Após inaugurar título referente à organização dos poderes (Título IV), tratando, em seu interior, do Poder Legislativo (Capítulo I), do Poder Executivo (Capítulo II) e do Poder Judiciário (Capítulo III), trouxe, em continuidade e no seu último capítulo, as Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV). Segundo Di Pietro, o que a Constituição de 1988 quis realçar foi a importância destas instituições (procuraturas) na busca da justiça, entendida no duplo sentido: (a) justiça como instituição, tendo em vista que o próprio acionamento do Poder Judiciário depende dessas Funções Essenciais, e, ainda; (b) justiça como valor, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Ministério Público 500 anos depois do descobrimento. **Cadernos de Direito e Cidadania Iedc**, São Paulo, v. 2, n.1, 2000.

<sup>67</sup> MADUREIRA, Claudio. As procuradorias públicas no direito brasileiro: uma análise histórica. **Dimensões**, Vitória, vol. 33, 2014, p. 241-260.

<sup>68</sup> GUEDES, Jefferson Carús, **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 339.

<sup>69</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016.

Assim, não obstante o plexo de competências dessas instituições se revelarem dinâmicas, modulando sua formatação de acordo com a evolução histórica e com o papel representado na sociedade,<sup>71</sup> o texto constitucional considera essas instituições como um quarto poder — poder, aliás, que, segundo a mesma Constituição, decorre do povo (art. 2º). Portanto, tem-se que essas instituições encontram fundamento e validade jurídica e normativa diretamente na Constituição, bem como, por meio dela, também no poder emanado da sociedade (povo) em que estão inseridas.<sup>72</sup> No mesmo sentido, considerando o advento do Constitucionalismo Contemporâneo e da teoria da força normativa da Constituição, as palavras utilizadas pelo legislador constituinte não devem ser consideradas supérfluas, mas verdadeiras normas com eficácia e aplicabilidade plenas.<sup>73</sup>

Vale referir, também, que essas escolhas não se mostram aleatórias ou esquecidas no texto constitucional. Isso porque, conforme leciona Canotilho, existem princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, tais como os princípios democrático e republicano.<sup>74</sup> Esses princípios estruturantes, por sua vez, são densificados por regras constitucionais. Como leciona Streck, não existem princípios sem regras, nem regras sem princípios. Princípios são manifestações histórico-culturais, de natureza deontológica, não dependendo da subjetividade do intérprete ou do seu interesse quanto à conveniência ou oportunidade de aplicação.<sup>75</sup> Nesse panorama, percebe-se a transcendência dessa inovação constitucional e do que ela representa para a realização do valor justiça.<sup>76</sup>

Diante do exposto, conclui-se que o fundamento de validade das Funções Essenciais à Justiça é a Constituição, a qual, a fim de materializar diversos princípios constitucionais, previu expressamente regras de estruturação orgânica das “procuraturas”, ao lado dos demais poderes. Como efeito reflexo, percebe-se igualmente a mudança de relação entre esses órgãos de Estado, não mais de hierarquia ou subordinação em relação ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário, mas de verdadeira horizontalidade.

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 ago. 2016.

<sup>73</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. p. 1.173.

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 583.

<sup>76</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 45, p. 41-57, 1992.

### 3.3. Uma Releitura da Advocacia Pública na Constituição

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 optou por reconhecer o trabalho historicamente realizado pela Advocacia Pública como instituição essencial e indispensável à estrutura do Estado. Conforme leciona José Afonso da Silva,<sup>77</sup> quando o Estado era mínimo, a presença da Advocacia Pública também era mais modesta. Atualmente, em um Estado Democrático de Direito de cunho social, imputa-se a ela a missão e a responsabilidade pela defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>78</sup> Seus membros, por sua vez, são provocados a sair da mera condição de burocratas para se tornarem peças relevantes da plena configuração de um novo tipo de Estado.<sup>79</sup>

O Estado, vale observar, é sede e detentor de um poder institucionalizado, capaz de se impor sobre toda a sociedade. Por essa razão, esse mesmo poder deve estar vinculado à satisfação dos interesses da sociedade. Os órgãos do Estado, por sua vez, detentores de parcela desse poder, devem exercer suas atividades e funções na busca deste objetivo.<sup>80</sup> Por essa razão, não se pode dizer que o interesse público (interesse primário) seja sempre coincidente com o interesse do aparelhamento administrativo do Estado (interesse secundário). Quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes ou governantes que a exercem. O Estado, o Poder Público, a Administração e, por conseguinte, a Advocacia Pública não são titulares do interesse público, mas apenas os seus guardiões, devendo, portanto, zelar pela sua proteção.<sup>81</sup>

Percebe-se, assim, que o atual papel (e desafio) da Advocacia Pública consiste em efetivar princípios constitucionais, prestando e materializando um verdadeiro serviço público.<sup>82</sup> Diferente do Estado Liberal, em que a função do Estado e do próprio advogado público está mercada pelo abstencionismo e pela manutenção do *status quo*, no Estado Democrático Social de Direito o advogado público exerce um importante papel na formulação de políticas públicas legítimas, em que o interesse público deve estar conectado com a promoção dos valores constitucionais.<sup>83</sup> Portanto, o dever primordial

<sup>77</sup> SILVA, J. A. da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 230, p. 281–290, 2002.

<sup>78</sup> RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do direito administrativo e a releitura do poder de polícia administrativa à luz dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

<sup>79</sup> SILVA, J. A. da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 230, p. 281–290, 2002.

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41–57, 1992.

<sup>81</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Rev. da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, v. 4, n. 4, p. 21, 2005.

<sup>82</sup> SANTOS, Marcus Gouveia dos. A advocacia pública como instituição essencial ao estado de direito democrático e social. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 422–440, mai./ago. 2019.

<sup>83</sup> CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19–26, jan./abr. 2017.

da Advocacia Pública é zelar pela interpretação (e aplicação) do Direito de forma a concretizar o ideal de justiça, conferindo efetividade aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.<sup>84</sup>

Com base nesse cenário, pode-se concluir que a Advocacia Pública passou a visualizar não só um novo fundamento de validade na ordem jurídica, mas também uma nova missão diante de um Estado de feições democráticas e sociais. Por conseguinte, impõe-se a investigação sobre como a Advocacia Pública pode exercer esse papel, renovando a atuação dos seus membros e apresentando razões substantivas quando do exercício da Jurisdição Constitucional.

## 4. A ADVOCACIA PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

### 4.1. Autonomia, hierarquização e patrimonialismo

Considerando os aportes teóricos anteriores, pode-se extrair alguns efeitos reflexos da constitucionalização da Advocacia Pública como integrante das Funções Essenciais à Justiça. De plano, constata-se que a Constituição Federal, no título da Organização dos Poderes, não vinculou ou subordinou de qualquer modo a Advocacia Pública (Capítulo IV) ao Poder Executivo (Capítulo II). Pelo contrário, da leitura do texto constitucional percebe-se a simetria horizontal entre os referidos órgãos do Estado. De igual modo, os artigos 131 e 132 da Constituição atribuem à Advocacia Pública a defesa da União e dos Estados-Membros, e não de órgãos estatais específicos.

Como aponta Fábio Medina Osório,<sup>85</sup> a Procuradoria Municipal, a Procuradoria do Estado e a Advocacia da União defendem os interesses dos respectivos entes públicos, não se confundindo os interesses da pessoa jurídica com os interesses de seus órgãos ou representantes legais enquanto pessoas físicas. No mesmo sentido, Di Pietro<sup>86</sup> anota que a Advocacia Pública, no exercício de suas atribuições constitucionais, não deve atuar em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais e de seus gestores de ocasião, mas em defesa do Estado, pois é este que, em nome da sociedade, titulariza o interesse público primário, o qual deve sempre prevalecer em relação ao interesse público secundário (interesse patrimonial da máquina pública).

<sup>84</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, 2008. p. 15.

<sup>85</sup> OSÓRIO, Fábio M. Observações sobre a improbidade dos agentes públicos à luz da Lei no 8.429/92. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 740. p. 96-115, jun. 1997.

<sup>86</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016.

E, neste ponto, surge uma primeira dificuldade frequentemente enfrentada pela Advocacia Pública: o interesse público nem sempre coincide com o interesse da autoridade pública. Recorrendo aos estudos de Faoro<sup>87</sup> e Holanda<sup>88</sup> acerca do patrimonialismo, percebe-se uma cultura arraigada no serviço público, de dependência da vontade do administrador eleito, a qual também se estende à atuação dos advogados públicos. Por essa razão, José Afonso da Silva,<sup>89</sup> Marcos Juruena Villela Souto<sup>90</sup> e Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>91</sup> destacam a importância de uma advocacia pública fortalecida para efetividade da democracia e do Estado de Direito, os quais dependem de sólidas instituições voltadas para o controle da juridicidade (constitucionalidade e legalidade), exigindo a garantia de um corpo permanente, profissionalizado, preparado, protegido e remunerado, sem riscos de interferências políticas no exercício de funções técnicas e despolitizadas.<sup>92</sup>

Nessa linha, conclui-se que a subordinação da Advocacia Pública e de seus membros ao Chefe do Poder Executivo parece confundir os conceitos de Estado e de Governo, fazendo com que apenas os interesses deste sejam patrocinados.<sup>93</sup> Nesse sentido, nenhuma das outras procuraturas, sobretudo a Defensoria Pública e o Ministério Público, possui mais qualquer vinculação ou subordinação para com o Chefe do Poder Executivo, garantindo sua independência funcional,<sup>94</sup> circunstância que pode explicar a livre e consistente atuação que ambas vêm patrocinando no Brasil em prol dos direitos fundamentais, ao contrário da tímida atuação da Advocacia Pública na tutela de direitos, do patrimônio público e da moralidade administrativa.<sup>95</sup>

Com base nas regras já expostas, bem como pelos princípios constitucionais que lhes são subjacentes, pode-se igualmente concluir que a estrutura constitucional da Advocacia Pública se revela incompatível com a rede de hierarquia existente no

<sup>87</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 865-887.

<sup>88</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 139-151.

<sup>89</sup> SILVA, J. A. da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 230, p. 281-290, 2002.

<sup>90</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, 2004.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 382-400, out. 2019.

<sup>92</sup> MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, mai./jun. 2015.

<sup>93</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, v. 4, n. 4, p. 21, 2005.

<sup>94</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>95</sup> MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, mai./jun. 2015.

Poder Executivo, sob pena de comprometimento da autonomia da instituição e da independência de seus membros na defesa do interesse público primário. Não por outra razão que a Constituição previu a organização em carreira própria por meio de concurso público, com garantia de estabilidade. Nesse sentido, conforme refere Moreira Neto, nem mesmo em relação ao chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia técnica ou funcional, mas apenas administrativa.<sup>96</sup>

Ainda sobre essa temática, cabe referir que, em um Estado de regime capitalista, não existe verdadeiro poder sem autonomia sob os aspectos financeiro e orçamentário. Nessa linha, além da Ordem dos Advogados do Brasil (órgão “sui generis”), o Ministério Público e a Defensoria Pública possuem previsão constitucional e legal de orçamento próprio. Assim, a exemplo dos demais Poderes Legislativo e Judiciário (e, inclusive, do Tribunal de Contas, órgão interno ao Poder Legislativo), o orçamento desses órgãos somente pode ser contingenciado pelo Chefe do Poder Executivo em caso de descumprimento das normas de organização financeira, vedada a mera liberalidade (conveniência ou oportunidade). Sob essa perspectiva, negar a mesma prerrogativa à Advocacia Pública parece confrontar os princípios e regras do texto constitucional, podendo, ainda, conduzir a uma restrição de sua independência técnica e a mais um fator de subordinação à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo. Assim, não obstante uma interpretação constitucional fundada nos princípios republicanos da isonomia e de equilíbrio entre os poderes já possa conduzir a um tratamento único entre os poderes e as Funções Essenciais à Justiça, a tradição juspositivista-literalista, aliada às raízes históricas, políticas e sociais de cunho patrimonialista, suscita diversas resistências ao implemento dessa prerrogativa à Advocacia Pública. Por essa razão, algumas Propostas de Emenda Constitucional foram apresentadas, a exemplo da PEC n.º 82/2007, a qual inclui textualmente a autonomia orçamentária da Advocacia Pública, reforçando sua paridade em relação às demais Funções Essenciais à Justiça.

## 4.2. A Advocacia Pública como intérprete constitucional

Considerando as noções expostas anteriormente, pode-se compreender a Advocacia Pública e os advogados públicos como titulares de legitimidade para o exercício da jurisdição e da interpretação constitucionais. De igual modo, para realizar esse desiderato, percebe-se que a matriz hermenêutica permite a interpretação da própria faticidade humana, demonstrando a sua importância não só como forma de interpretação das regras jurídicas, mas também como uma forma de adequá-las às constantes

<sup>96</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 45, p. 41-57, 1992.

modificações sociais.<sup>97</sup> Assim, se hermenêutica é faticidade, a Advocacia Pública ganha ainda mais argumentos para o exercício da Jurisdição Constitucional, visto que é quem, na estrutura orgânica dos poderes, possui uma das relações mais próximas aos fatos vivenciados pelo Poder Público e pelos particulares, intermediando a relação entre a prestação dos serviços públicos e seus destinatários.<sup>98</sup>

Nessa linha, a partir do giro ontológico-linguístico e da superação da metafísica ontológica juspositivista, a simples edição de leis e enunciados abstratos perdem o sentido, visto que não trazem em si (e por si) mesmos sentidos únicos ou fechados.<sup>99</sup> Pode-se dizer, por exemplo, que o direito à saúde decorre diretamente da Constituição, cuja compreensão dependerá de fatores históricos e sociais a serem considerados pelo intérprete no caso concreto. Contudo, ao editar uma lei para a sua regulamentação, ainda assim haverá situações não previstas (pela própria impossibilidade dessa previsão), o que causaria a tentação de regulamentá-la por decretos, instruções normativas, súmulas e assim por diante: tentativas, entretanto, fadadas ao fracasso, visto que o texto, por si só, não desvela todo o seu significado, dependendo, assim, do intérprete. Como refere Häberle,<sup>100</sup> a interpretação é um processo aberto, criativo e dinâmico, não se confundindo com uma submissão passiva ou com a mera recepção de uma ordem. Isso também explica por que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir um controle interno de hierarquia e subordinação técnico-jurídica na Advocacia Pública,<sup>101</sup> visto que a interpretação do Direito não pode ser direcionada “a priori” ou em abstrato.<sup>102</sup> Ou seja, a existência de controle ou supervisão hierárquica, nesse sentido, parece reforçar fins não republicanos ou patrimonialistas.<sup>103</sup>

De fato, adotando-se um modelo gerencial e burocrático de Administração Pública, existem divisões e subdivisões hierárquicas entre seus diversos órgãos. Contudo, tratando-se de profissionais de serviço técnico, essa hierarquia ocorre apenas na via administrativa, sob pena de enviesamento da atividade prestada. A título de exemplificação, a decisão do Chefe da Advocacia Pública quanto aos limites e tipos de gastos

<sup>97</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Direito GV**. 2009, v. 5, n. 1, p. 147-168.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 382-400, out. 2019.

<sup>99</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9.

<sup>100</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

<sup>101</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, n. 45, p. 41-57, 1992.

<sup>102</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 1, p. 147-168, 2009.

<sup>103</sup> MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3. 2015.

no exercício financeiro é de ordem administrativa, não podendo ser descumprida pelo advogado público sob a justificativa da autonomia técnico-jurídica. Todavia, diante de uma ação judicial em que o direito postulado pelo demandante é uníssono na comunidade jurídica e na jurisprudência, a necessidade de autorização superior para eventual dispensa de contestação ou de recurso — atos, portanto, eminentemente jurídicos — recairia novamente nas sombras do patrimonialismo e do desvio do interesse público primário. Afinal, afora o interesse patrimonial da máquina pública (interesse público secundário) ou o interesse pessoal do gestor, dificilmente seriam arrolados motivos republicanos pelos quais a autoridade justificaria uma continuidade na demanda.

Nesse sentido, vale referir que o sistema de independência funcional e técnica não é novidade no ordenamento brasileiro, ocorrendo, sem prejuízo de responsabilização em caso de excessos, no Ministério Público, na Defensoria Pública e, na Administração Pública, no âmbito das agências reguladoras, supervisionado por um controle cruzado entre os poderes e, também, pela sociedade.<sup>104</sup> Além dos parâmetros hermenêuticos já mencionados, eventuais excessos dos advogados públicos podem ser apurados nas esferas cível (ação de improbidade), administrativa (processo administrativo) e penal (crime), caso incorram em faltas funcionais ou em atos ilícitos.<sup>105</sup>

Tecidos esses parâmetros de atuação, e dentro dos limites do presente estudo, cumpre apresentar alguns exemplos concretos em que a Jurisdição Constitucional poderia ser exercida pela Advocacia Pública. Recorrendo aos casos que mais aportam ao Poder Judiciário, citados no início deste trabalho, no que tange à execução fiscal, sede das maiores discussões acerca da tributação no país, poderia o advogado público realizar a análise de constitucionalidade dos dispositivos legais e infralegais utilizados pelo Fisco para o lançamento, a atuação e a cobrança dos créditos tributários. Assim, quando ciente de eventual questão, seja antes ou após o ajuizamento, poderia sustar os atos de cobrança, encaminhando comunicação ao Fisco para que se abstinhasse de novos lançamentos com base nos mesmos diplomas eivados de inconstitucionalidade. Um caso de aplicação seria o de obstar, na via administrativa, inúmeras cobranças sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (ICMS), conforme reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, mas ainda comumente realizadas pelas Secretarias da Fazenda. A Advocacia Pública, assim, promoveria a justiça tributária, evitando ações judiciais e, ainda, economizando recursos do erário que seriam gastos em verbas de sucumbência.

<sup>104</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, 2008. p. 15.

<sup>105</sup> CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

No que diz respeito ao direito à saúde, de forma anterior ao ajuizamento, poderia o advogado público, em casos já hermeneuticamente assentados na comunidade jurídica, analisar pedidos administrativos ou em grau de recurso de autores/pacientes acerca de determinada medicação, devidamente instruídos com documentação e laudos técnicos. A referida análise, no âmbito interno da Advocacia Pública, poderia ocorrer conforme as atribuições e competências para o recebimento de ações judiciais, ou, ainda, mediante órgão próprio colegiado, inclusive com membros da Secretaria da Saúde (médicos, farmacêuticos, enfermeiros), para debate.

No âmbito do Direito Administrativo e do Direito Previdenciário, outro exemplo ainda muito comum, sobretudo nos Municípios, é a existência de legislação local prevendo condições violadoras do princípio constitucional da isonomia para a concessão de pensão por morte, a exemplo de discriminação da união estável em relação ao casamento, ou, mesmo, exigindo requisitos adicionais de acordo com o gênero do beneficiário. Assim, poderia o advogado público, em eventual ação judicial, realizar a dispensa de contestação, concordando com o pleito da parte autora. Além disso, de forma preventiva e independentemente de ajuizamento, poderia exarar ato administrativo fundamentado, orientando a Administração Pública a tomar as medidas cabíveis para evitar novas inconstitucionalidades.

Com os referidos exemplos, o presente trabalho pretende demonstrar as potencialidades da Advocacia Pública no exercício da Jurisdição Constitucional, seja por meio da implementação direta de prestações materiais (como, por exemplo, no caso do direito à saúde), seja no controle de constitucionalidade de normas e atos comissivos do Poder Público, a exemplo dos demais casos narrados. Em resumo, no exercício material da Jurisdição Constitucional, sem prejuízo de mecanismos democráticos de controle — como eventual aprovação por órgão colegiado de mesmo grau ou nível —, o advogado público deve ser administrativamente livre (porém hermeneuticamente vinculado) para proativamente recomendar providências ou abstenções do Poder Público, ajuizar ou não ajuizar ações, contestar ou concordar com o pedido do autor, ou mesmo deixar de recorrer, caso verifique a justiça no caso concreto, mediante fundamentação idônea.

### 4.3. Escolhas Constitucionais

Conforme refere Asimow,<sup>106</sup> a maioria dos países possui um sistema de resolução de conflitos entre particulares e o Poder Público em três fases: (i) decisão inicial, (ii) reconsideração administrativa e (iii) revisão judicial. Na primeira fase, a Administração Pública permite ao particular uma oportunidade formal para oferecer suas razões e requerer alguma providência ou contestar o ato administrativo já praticado. Na segunda

<sup>106</sup> ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

fase, oportuniza-se a apresentação de motivos para que a decisão administrativa inicialmente tomada seja revista. Na terceira fase, permite-se que a parte descontente promova uma ação judicial para a revisão perante órgão distinto com poderes de jurisdição, o qual proferirá uma decisão final acerca do tema. Por motivos de eficiência e de escassez de recursos, cada país tende a confiar primordialmente em uma dessas três fases para atingir um resultado justo e correto, e a fase que cada país escolhe como destinatária da maior parte dos recursos será provavelmente aquela em que os particulares identificarão as melhores chances de vitória.

Vale referir, contudo, que, no Brasil, a Constituição Federal já fez essa escolha, ao promover tanto o Poder Judiciário quanto as Funções Essenciais como estruturas orgânicas aptas à concretização da justiça. Nesse panorama, percebe-se a potencialidade da Advocacia Pública no exercício da Jurisdição Constitucional em qualquer uma das fases indicadas. Todavia, não se desconhece o longo caminho que se estende à Advocacia Pública para a assunção social, jurídica e política de sua posição e missão constitucionais. Apesar da excessiva inflação do Poder Judiciário, inclusive com o gasto desproporcionalmente elevado de recursos,<sup>107</sup> pode-se inferir que as cortes estão sensíveis ao risco que a abertura da Jurisdição Constitucional representa aos seus poderes.<sup>108</sup> Contudo, negar a materialização de direitos fundamentais por outros poderes pode se transformar em uma tentativa de enfraquecimento das estruturas republicanas em prol do paternalismo judicial.<sup>109</sup>

Na mesma linha, a título de exemplo, mostra-se interessante a reflexão de Daniel Cardoso,<sup>110</sup> no sentido de que, não obstante a Defensoria e o Ministério Público possam extrair prestações materiais de direito à saúde diretamente da Constituição, e ao Poder Judiciário seja permitido concedê-las, inclusive bloqueando valores do Poder Executivo para tanto, a adjudicação dessas mesmas prestações diretamente pela Administração Pública ou pela Advocacia Pública não encontra guarida na atual jurisprudência e na maior parte da doutrina. Pelo contrário, a atuação direta do Poder Executivo ou da Advocacia Pública, em superação à estrita legalidade (e ainda que em agir amparado na Constituição), no atual cenário brasileiro, é causa de responsabilização desses agentes. Desse modo, constata-se que o modelo teórico referido no presente ensaio tornaria possível o exercício de Jurisdição Constitucional e a concretização de direitos por novos atores, desfazendo a distinção posta por Kelsen, entre intérpretes “autênticos” e “não

<sup>107</sup> CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

<sup>108</sup> ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

<sup>109</sup> MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 135-164, jan./abr. 2019.

<sup>110</sup> CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde: solução ou parte do problema?** Londrina: Thoth, 2020. p. 80.

autênticos”, sobretudo com o seu exemplo de que a conduta adotada pelo segundo poderia ser posteriormente considerada equivocada pelo primeiro, único e exclusivo intérprete legítimo.<sup>111</sup>

Segundo Perlingeiro,<sup>112</sup> o futuro da jurisdição latino-americana está na efetivação do devido processo legal na esfera administrativa e extrajudicial, de modo a compensar o déficit dos tribunais judiciais. Nesse sentido, também se coloca a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o exercício de controle de convencionalidade pelas autoridades administrativas,<sup>113</sup> exigindo-se, para tanto, uma estrutura com independência, imparcialidade e capacidade técnica para decisões sob influência de normas constitucionais e normas convencionais de direitos humanos.<sup>114</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo deste trabalho, a crescente importância das Constituições e do Poder Judiciário levou a uma crescente judicialização de demandas em busca da materialização de direitos fundamentais, estimando-se, no Brasil, que ações em face do Poder Público representem mais da metade dos processos judiciais em trâmite. Por outro lado, não obstante o intuito de atender a essas crescentes demandas, o investimento na estrutura judiciária e a intensificação de decisões dos tribunais em assuntos considerados, até então, próprios do parlamento e da gestão pública não parecem ter gerado os efeitos esperados.

Nesse panorama, mostrou-se necessário revisar o tema da Jurisdição Constitucional, a fim de investigar alternativas para a materialização de direitos fundamentais e superando, ao mesmo tempo, as raízes históricas de patrimonialismo e paternalismo. Para tanto, propôs-se a análise da obra de Peter Häberle, com a abertura da interpretação constitucional sob um viés pluralista e democrático. Partindo dos paradigmas da Jurisdição Constitucional clássica, notadamente a partir de Kelsen e da referência a diversos intérpretes (autênticos e não autênticos), Häberle propõe uma “sociedade aberta” dos intérpretes da Constituição, incluindo no processo interpretativo todos aqueles que vivem e constroem a realidade constitucional.

Ainda, como aporte filosófico, apresentou-se a superação da matriz juspositivista, promovida pela matriz hermenêutico-fenomenológica, fundamentada em

<sup>111</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 388-392.

<sup>112</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

<sup>113</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

<sup>114</sup> CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

Heidegger, Gadamer e Wittgenstein, inaugurando uma forma própria de pensar e interpretar o Direito e a Constituição (Constitucionalismo Contemporâneo). A estas teorias, ainda, incorporou-se o aporte teórico de Dworkin, defendendo a existência, juntamente com Häberle, de uma verdade possível e de uma resposta correta por meio da argumentação consistente e da vinculação à linguagem pública como elemento intersubjetivo.

Como ponto de encontro, fez-se um breve esboço histórico da Advocacia Pública no mundo e no Brasil, ressaltando a sua inclusão como Função Essencial à Justiça ao lado dos demais poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) na Constituição Federal de 1988. Desvelando a sua relação estrutural e sua missão de defesa do Estado e da sociedade, sem qualquer subordinação ao Poder Executivo, apresentou-se os advogados públicos como possíveis intérpretes constitucionais e materializadores dos direitos fundamentais, por meio do exercício hermeneuticamente fundamentado e estruturalmente autônomo do poder que lhes foi constitucionalmente atribuído.

Assim, se o futuro da Constituição se encontra na efetivação de direitos para além das cortes judiciais, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 já elencou novos candidatos ao exercício dessa missão, a exemplo da Advocacia Pública. Por outro lado, reservar, sob a perspectiva clássica, a interpretação constitucional apenas ao Poder Judiciário, negando a outros legitimados e ao próprio Poder Público a sua materialização, pode levar a déficits na democracia, na cidadania e na implementação de direitos, conduzindo às velhas figuras do paternalismo e do patrimonialismo.

## 6. REFERÊNCIAS

ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

CARDOSO, Daniel. **Judicialização da saúde: solução ou parte do problema?** Londrina: Thoth, 2020.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 14 jan. 2022.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, Florianópolis, n. 78, p. 149-174, 2018.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús, **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HARARI, Yuval. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim e BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, Ano VI, n. 12, jul./dez. 2014.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Ministério Público 500 anos depois do descobrimento. **Cadernos de Direito e Cidadania Iedc**, São Paulo, v. 2, n.1, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SA-DEK, M. (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas, Sociais, 2010. p. 65-94.

MADUREIRA, Claudio. As procuradorias públicas no direito brasileiro: uma análise histórica. **Dimensões**, Vitória, vol. 33, 2014, p. 241-260.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, mai./jun. 2015.

MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 135-164, jan./abr. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v. 4, n. 4, p. 21-64, 2005.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 147-168, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. **Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 382-400, out. 2019.

OSÓRIO, Fábio M. Observações sobre a improbidade dos agentes públicos à luz da Lei no 8.429/92. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 740. p. 96-115, jun. 1997.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

RAMOS, Rafael Vincente. **A constitucionalização do direito administrativo e a releitura do poder de polícia administrativa à luz dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Porto Alegre: PUCRS, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5 n. 2, 2013.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. A advocacia pública como instituição essencial ao estado de direito democrático e social. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 422-440, mai./ago. 2019.

SCHUBSKY, Cássio. **Advocacia Pública**: apontamentos sobre a História da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

SILVA, J. A. da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 230, p. 281–290, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. **Sequência**, Florianópolis, n. 55, p. 303-326, dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 6, n. 1, 2014.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.